

## 刑事判例研究(二)

——強姦目的で殺意をもって婦女を殺害し姦淫したばあい——

山 火 正 則

昭和四十七年七月一九日札幌地裁判決（昭和四十七年（わ）一〇九号）  
判例時報六九一号一〇四頁

〔事実〕 被告人XはY女と連れだって、乗用車でスナックに行き、同店で一緒に飲食した後、『海を見たい。』というYを前記自動車の助手席に乗せて札幌市内から小樽市方面に向かい、途中、琴似駅前を経て石狩海岸近くの同市銭函地内に至って車を停めて休憩中、同女に肉体関係を迫ったところ、同女が『そんなことするんなら殺してよ。バックにカミソリも入っているから。』などと予想に反して凄じ剣幕で怒り出したため同女の首を両手で絞めて押しつけたもの同女の態度から肉体関係をすることはできないものとあきらめ、一旦は同女と仲直りをし理由もなく一緒に泣いたり雪合戦をしたりした後、……：再び車を発進させ篠路駅、丘珠空港付近を経て札幌市内に向

かった。しかし、その間、機会があれば再度同女に言い寄ろうと思いつつもうまく口説くことができないまま、……：同女Aパート付近まで戻ってきてしまったため、この機会をのがせば同女と関係することができなくなると考えた被告人は、前記の態度から同女との肉体関係を遂げるためには同女を殺害するより他に方法がないと決意し、……：前記Aパートをわざと通りすぎ某所付近路上に前記自動車を停車させたりえ、助手席でリクライニングシートを倒して眠り込んでいる同女の頸部に自分のズボンからはずした皮製バンドを巻きつけ、助手席に膝をつき同女の前面から約五分間その両端を力いっぱい両手で引っ張って絞めつけ、よってそのころ同所において同女を窒息死するに至らしめて殺害したうえ、強いて同女を姦淫した。〔判旨〕

判決はこの事実に対し、殺人の点は刑法一九九

条に、強姦の点は同法一七七条前段に該当するとのべ、さらに検察官がこれを殺人罪と強姦致死罪に該当すると主張したことに對し、「この見解は一個の死を二重に評価することになって不当であるばかりでなく、右強姦致死罪は殺意なくして死の結果を生じさせた場合にのみ適用せられるべきものであるから、前記のように殺人罪および強姦罪（同法一七七条前段）に該当すると解すべきであり、このように解しても、右両罪は、一所有数法の関係となるのであるから、検察官主張の適条と比較して刑の不均衡を生ずることなく、また強姦致死罪を、法定刑として死刑が定められている強盜殺人罪（同法二四〇条後段）と同様に解釈すべき理由もないというべきである」とのべた。

〔研究〕 一 行為者が殺意をもたず、ただ強姦の意思だけで、その実行行為をおこなって、婦女を死に致らしめたばあい、刑法一八一条強姦致死罪が成立する。これについては、まったく問題はない。問題は殺意をもって、被害者を姦淫し、死に致したばあい、または本件事実のように、強姦の目的で、殺意をもって、被害者を殺害し、その後姦淫したばあいである。行為者に殺意のある点が問題となる。

二 まず、行為者が殺意をもって、被害者を強姦し、死に致したばあいについて検討しよう。強姦行為に關し、行為者に殺意あるばあい、その殺意をどのように評価するかについて、このようなばあいについて多く議論がなされているからである。三つの見解を予定することができる。すなわち、

(イ) 強姦致死罪と殺人罪との觀念的競合とするもの。  
(ロ) 強姦致死罪だけが成立するとするもの。  
(ハ) 強姦罪と殺人罪との觀念的競合とするもの。  
三 殺人の意思で被害者を強姦し、死に致したばあいについて、強姦致死罪と殺人罪との觀念的競合であるという(イ)の見解はすでに古くから判例のとりどころであった。大審院はつぎのように判決した。

「暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ姦淫シ因テ被害者ヲ死ニ致シタルトキハ刑法第百八十一条ノ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其ノ死亡ノ結果ニ付キ故意ヲ有スルト否トハ毫モ該犯罪ノ成立ヲ左右スルモノニ非スト雖モ若シ其ノ死亡ノ結果ニ付故意ヲ有シ暴行ヲ以テ婦女ヲ姦淫シ因テ死ニ致シタルトキハ一面ニ於テ右第百八十一条ノ犯罪成立スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ同法第百九十九条所定ノ殺人罪ヲ構成スルモノナルコトハ猶強姦力殺意ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルトキハ刑法第二百四十条ノ強盜致死罪ト同法第百九十九条所定ノ殺人罪トノ二罪ヲ構成スルト異ナル所ナシ……原院カ強姦致死ノ所為ニ對シ刑法第百八十一条又同人ヲ絞殺シタル所為ニ對シ同法第百九十九条ヲ問擬シ一箇ノ所為ニシテ二箇ノ罪名ニ触ルルモノトシテ同法第五十五条第一項ヲ適用シ重キ殺人罪ノ刑ヲ以テ処斷シタルハ相当」である（大判大正四年二月一日）  
（刑錄二一輯八〇八頁）

このような態度はその後の判決にもひきつがれている。  
「被告人は犯行の露見を虞れ、かつ情慾をとげようとの一

念に駆られて同女を静かにさせようと考え、そのためには少女が死亡しても構わぬという気持になり、ここに殺意を生じ、同女の咽喉に両の拇指を揃えて強くあて、その他の指を両方から後まで廻して力一杯に絞るようにして四、五分位締め続けて同女の呼吸を止めた後、即時同所において同女を姦淫しその目的をとげ、かつは右絞扼による窒息死にもとずき同女を即死させ、すなわち殺害したものである。」といういわゆる鏡子ちゃん殺し事件について、上告趣意が「純理論として一八一条一本でゆくべきで、刑法二四〇条との刑の権衡論から一九九条と一八一条の観念的競合をみとめることは、法の不備を解釈によって拡張するもので罪刑法定主義に反するもので正しくない。」と主張したのに対し、

「原審のは認した第一審判決が、……強姦致死の点につき刑法一八一条、一七七条を、殺人の点につき同法一九九条を適用し、両者は同法五四条一項前段の一個の行為にして数個の罪名に触れる場合であるとして同法一〇条に基き、重い殺人罪の刑によって処断すべきであるとした法律判断は正当であつて、この点に関する原審の判示は相当である。」とした  
(最一判昭和三年一〇月二五日)。  
(刑集一〇卷一〇号一四五五号)。

四 このような判例の見解はそのまま多くの学説の容認するところとなつてゐる(小野・刑法講義各論 昭和二十四年一四〇頁。滝川幸辰・刑法各論 昭和二十六年 八一頁。木村・刑法各論 昭和三十三年 二二三頁。井上正治・刑法学「各則」 昭和三十八年 二四一頁。植松・刑法概論Ⅱ 昭和四三年 二二二頁。香川・「結果的加重犯」 刑法講座3 一六

〇頁注(五)。同・注釈刑)。ここでは、前掲した昭和三十一年一〇月二日(四三)七頁など。ここでは、前掲した昭和三十一年一〇月二日の最高裁判所判決を評釈された小野(清)博士の見解を手がかりとしながら、検討していくことにしたい。つぎのように、結論された。「結果的加重重犯の重い結果につき故意があつた場合には、その結果的加重犯の規定と、その重い結果に対する故意犯の規定とを併せて適用し、両者の観念的競合を認めるのが正しいとおもふのである(……)」。……強姦犯人が殺意をもって婦人を殺した場合には刑法一八一条と一九九条とを適用するのが当然であるとおもふ。」(小野・「強姦致死罪と殺人罪の観念的競合」警察研究二九卷五号七一頁)と。このような結論にいたる根拠はふたつの点において示されている。

第一は結果的加重犯の構成要件の構造からであるとされる。すなわち、

「このような結果的加重犯は、何といつても、発生した『結果』に重きをおいて規定した構成要件である。その結果につき故意のあることを要求したものではない。といふことは、必ずしも故意のない場合に限るといふのではない。重い結果につき故意を必要としないといふだけで、過失がある場合でもよいし、また故意がある場合でもこれを適用することに別段差支はない。……重い結果についてせいぜい過失を要求するだけで、故意は要求しない、といふだけのことである。」(小野・前掲) (七〇頁)とされる。この点から、強姦犯人が殺意をもって婦女を殺害し

たばあいに、強姦致死罪の成立をみとめることができると考えられるわけである。

第二として、つぎのようにのべられる。

「始めからその重い結果を認識して行爲した場合かどうかということになる。私の考えでは、故意がそこまで及んである場合は、行爲の意味が本質的にちがってくる。……この故意と過失との原則的な差別を基本として考えるとき、結果的加重犯の構成要件のうちに、結果につき故意のある場合と、せいぜい過失があるにすぎない場合とを併せて規定したものとして解することはできない。」(小野・前掲 七〇頁)「抑も結果的加重犯は、重い結果につき意思のない場合に、なおその重い結果に着眼して刑を加重するものである。」(小野・前掲 七三頁)

すなわち、行爲者が結果的加重犯の重い結果に対して故意をもっていたばあい、それは結果的加重犯として評価できないから、故意を有する点については故意犯の成立をみとめようとするのである。

このようにして、小野(清)博士は強姦犯人が殺意をもって婦女を殺害したばあいについて、第一の点から強姦致死罪として、第二の点から殺人罪として評価しようとするのである。

五 しかし、このような論理展開に対してはぬぐいさることのできない重大な疑問が生じる。それは小野(清)博士の示された第一の点と第二の点は論理的に両立しえないのではないかということである。第一の点として、結果的加重犯の構成要件は

その結果に対して故意のあるばあいで適用できるとされる。行爲の結果を重視し、意思の意味は問わない主張となっている。ところが、他方で、第二の点として、結果的加重犯の構成要件のうちには、結果につき故意のあるばあいと、過失があるにすぎないばあいをあわせて規定したものではないとされる。行爲の主観的側面の意味を重視した主張となっている。したがって、ここでの主張は一方で、強姦致死罪は死の結果に対し故意あるばあいも含むとされながら、他方で、強姦致死罪は死の結果に対し故意あるばあいを評価しえないから、その点は故意犯として評価しなければならないというものになっている。強姦致死罪の構成要件的行爲について、視点をかえることによって、たくみに使い分けようとしている。

しかし、行爲の意味はその全体について問わなければならない。同一の行爲について、一方で結果だけを抽出して刑法的評価をくわえ、他方で意思だけを抽出して刑法的評価をくわえることはできない。たしかに、結果的加重犯は結果に重点をおいて、規定されたものである。しかし、そのことは結果さえ存在していれば、その結果に対する意思の意味をまったく問題にせずともよいということではない。もし、小野(清)博士が第一の点において主張されるように、結果的加重犯を構成要件がその結果に対して故意のあるばあいにも適用することができるといふのであれば、いわゆる故意ある結果的加重犯というものをみとめることになるであらう。しかし、このことは小野博士の



第二の点の主張を否定することになる。また、逆に第二の点として主張されているように、結果的加重犯の構成要件は結果に對して故意あるばあいを除外するものである、ということをつとめるならば、第一の点の主張を否定することになる。ようするに、行為の要素をまったく分離することによって、刑法的評価を巧みにおこなおうとすることはできないということである（この問題について、詳細な検討をしておられる香川教授に對しても同じ疑問をもつ。香川教授は一方で、故意ある結果的加重犯を否定され、また、刑法一八一条について、「故意ある結果的加重犯を含みうる」とするなら、本条だけで当該行為に對する構成要件の評価は充分なされる」とされる。香川・「結果的加重犯」刑法講座3 一五八頁、一五九頁注(二)。ところが、他方で、「結果的加重犯であるとする認識にたつて一九九条との観念的競合を認めたのは正当であつた」とされる。香川・前掲論文。一六〇頁注(五)）。前掲した大正四年二月一日の大審院判決、昭和三十一年一月二五日の最高裁判決、そして、これらの判決をそのまま容認している多くの学説に對して、同じ疑問をもつものである（なお、ドイツにおいても、同じ問題について、やはり殺人の罪と強姦致死罪との観念的競合とするのが判例であり、学説もこれを容認している。RG JW 1933 S. 2059 mit Ann. Gallas, BGHSt 19 102, Schönke-Schröder, StGB, 15. Aufl., §178-4, Maurach, Deutsches Strafrecht, BT, 1964, S. 421. ドイツにおいては、殺意ある強姦致死罪のほかに、強姦致死罪 (§178) に当るものは当然とされ、ただ、強姦致死罪と殺人の罪とが法条競合なのか、観念的競合なのか）が問題とされたにすぎないようである。）

六 さて、小野(清)博士の第一の点の主張のように、結果的加重犯の構成要件を結果に對する故意のあるばあいにも適用しうるというのであれば、その行為に對する刑法上の評価は十分なされたと考えざるをえないであろう。殺意ある強姦殺人については、強姦致死罪だけを考慮すれば十分なはずである。その意味において、安平教授の見解は論理的にすぐれている。つぎ

のようにのべておられる。「もし死亡の結果について故意のあるときは、……刑法第一八一条は明らかに猥褻強姦行為に際しての結果の発生を特別罪としていっているのであるから、本罪のみの成立を認むべきである。」(安平・改正刑法各論 昭和三十三年 三八七頁。昭)と。

しかし、もともといわゆる故意ある結果的加重犯の概念について問題をはらむものである(大塚、刑法概説(総論) 昭和三八年 一二頁、八頁。福田・刑法総論 昭和四〇年 七二頁)。

注(一)、莊子・刑法総論 昭和四四年 二四五頁。香川・「結果的加重犯」刑法講座3 一五六頁以下。また、実定法上、

文理的にみても、強姦致死罪が殺害の故意あるばあいをふくむとすることは問題である。強姦致死罪は「第七十六條乃至第七十九條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者」と規定する。したがって、強制猥褻行為、強姦行為に「因テ」人を死に

「致シタ」ばあいである。死の結果発生は強制猥褻行為、強姦行為によるものでなければならぬ。はじめから殺害の意思あるばあいは、強制猥褻行為、強姦行為によるものとはいえない(強制猥褻行為、強姦行為の手段としての「暴行」が「殺害」行為に含むとは考えることはできないであろう)。強姦致死罪の規定は殺意あるばあいをふくまないと考えざるをえない。殺意あるばあいをふくむとすることは強姦致死罪の構成要件的行為の意味をこえるものである。強姦致死罪の刑罰法規に規定してい

ないのに、これを適用することである。結果に對する故意があるばあいは故意犯として考慮しなければならぬ。結果的加重犯は結果に對する故意がないばあいには、それにもかかわらず重大な結果が発生したことに着目して刑の加重を考慮したと考えられる。したがって、死の結果に對

する故意のある強姦殺人のばあい、強姦致死罪だけを適用することはそもそもできないことである。したがって、安平教授の主張されるような(ロ)の見解を否定しなければならぬ。また、このばあいに、強姦致死罪と殺人罪との観念的競合とする(イ)の見解も同じ理由から、はじめから成立しえないものであったといわざるをえない。

結局、殺意ある強姦殺人のばあいは強姦罪と殺人罪の観念的競合と考えざるをえないであろう(参照。牧野・「強姦致死傷強姦致死傷と殺人罪との競合」 刑法研究二卷三三四頁。柏木・刑法各論 昭和四〇年三八頁。大塚・刑法各論上 昭和四三年二〇五頁。三)。

七 殺意ある強姦殺人のばあいに、殺人罪と強姦致死罪との観念的競合をみとめようとするものにいわゆる刑の権衡論からの主張がある。ふたつの観点から主張されている。ひとつはこのばあいに安平教授のように強姦致死罪としてだけ処断しようとするに對するものである。強姦致死罪における刑が殺人罪のそれよりも軽いことを理由に、殺意あるばあいに刑の加重をおこなおうとする(井上・前掲書 二四二頁。植松・「猥褻、姦淫および強姦」 刑法講義七卷 一五四頁。小野(清)・前掲書 七二頁)。しかし、このばあいに、強姦致死罪の成立だけをみとめようとするに對するに、理論的に成立しえないものであった。刑の権衡論を展開するまでもない。

つぎに、このばあいに、強姦罪と殺人罪の観念的競合として処断しようすることに對するものである。これはもっぱら傷害の故意で強姦傷人したばあいにかかわる。このばあいに、強

姦罪と傷害罪との観念的競合とすれば、刑は強姦罪のそれにとどまり、強姦致死傷罪よりもいちぢるしく軽くなり、不合理である、というのである(国藤・刑法綱要各論 昭和三年三九八頁)。しかし、結果的重犯として、強姦致死傷罪をとらえるかぎり、やむをえないことである(大塚・前掲書 二〇五頁注九)。また、強姦「致死」のばあいと、強姦「致傷」のばあいが同じ刑罰法規のなかに規定されている以上、そのような法定刑のうえで不合理は当然されなければならないことであるともいえる。したがって、強姦致死傷のばあいは刑法一八一条の刑の下限に近い方向において、故意ある強姦傷人のばあいは刑法二〇四条の刑の上限に近い方向において考慮するなど、具体的・個別的に刑の量定の場で刑の権衡をはかるほかないであろう。このようなことを前提としたうえで、傷害の故意ある強姦傷人のばあいも、やはり強姦罪と傷害罪の観念的競合と考えるべきである。実定法の規定から、論理的にこのような結論が生じる以上、単に刑の権衡論の角度からだけ、これを変更することはできない。それは立法論に属する問題である。

したがって、殺意ある強姦殺人のばあいは、当然、強姦罪と殺人罪の観念的競合として理解すべきである。

八 殺意をもって強姦し死亡させたというばあいについては、以上にのべたように、強姦罪と殺人罪との観念的競合をみとめるべきである。ところが、この理論をそのまま本件事実にあてはめることができるだろうか。できるとすれば、本判決をこのまま承認しなければならぬ。さて、本件は姦淫するため

には「殺害するより方法がないと決意し」、「窒息死するに至りしめて殺害したうえ」、「強いて同女を姦淫し」たものである。これと類似する事実に対する判例はすでに存在しており、そこでは強姦致死罪として処断した。すなわち、

「……………、同女を殺した上情慾を遂げようと決意し、………：仮死状態になった同女を………完全に死に至らしめるため、同女の上に馬乗りとなり再び両手指にてその頸部を扼し更に所携の日本手拭をその頸部に巻きつけて絞扼して即時窒息死に至らしめてこれを殺害した上同女を強いて姦淫し」たという第一審の事実認定にもとづいて、つぎのように判決した。「これによれば右判決は姦淫の目的のため、その手段として判示のごとき暴行脅迫を用い結局被害者を窒息死に至らしめ、姦淫の目的を遂げたという趣旨を認定しているのであって、本件の場合には、姦淫行為が殺害の直後であつたとしてもこれを包括して強姦致死罪と解すべきである。」(最判昭和

一七〇日 刑集一五  
卷七号一二四四頁)

殺意のある強姦殺人のばあい、強姦致死罪と殺人罪の観念的競合をみとめる判例の立場からは当然の結論である。

ところが、殺意をもって強姦殺人したばあいに、強姦罪と殺人罪の観念的競合とするものも、この判決を容認している。たとえば、大塚教授はつぎのようにのべておられる。「強姦の目的で暴行を加えて婦女を死亡させ、その直後に姦淫したとき

は、包括して強姦致死罪をみとめるべきである。」(大塚・前掲書二〇五頁)

と。しかし、昭和三十六年のこの判決の事実、単に強姦の目的で強姦の手段にとどまる暴行を加えて婦女を死亡させ、その直後に姦淫したというものではない。はじめから殺意のあつたばあいである。大塚教授は殺意をもって殺害した事実をどのように評価されるのであろうか。殺意ある強姦殺人のばあいに、判例のような立場にたたれるのなら、それもやむをえない。しかし、大塚教授は殺意ある強姦殺人のばあい、殺意をもって殺害した面を正當に評価しておられたはずである。(前掲六)やはり、このばあいの暴行は単なる強姦の目的のための手段としての面をこえるものをもつ。その点については、殺人罪の成立を考えなければならない。そして、強姦の目的のための手段にとどまる暴行の部分を評価することにより、強姦罪成立を一応予定しなければならぬ。このばあい、現実的には屍姦なわけ、結局、強姦未遂罪の成立を考えるべきである。被害者の死亡直後とはいへ、強姦行為とは評価できないであろう(なお、蒲川

法各論講義 昭和四〇年 九九頁注(2)参照。「屍姦は強姦にも死体損壊にもならず、それ自体としては刑法上問題にならない」とされる。)

がって、このばあい、殺人罪と強姦未遂罪の観念的競合として解決すべきことになる。

また、大塚教授と若干ニュアンスを異にするが、同じく殺意ある強姦殺人のばあいに強姦罪と殺人罪の観念的競合をみとめながら、強姦目的で殺意をもって被害者を死亡させ、姦淫した

ばあいには、強姦致死罪にあたるとする見解がある。このばあいを、強姦未遂による致死として理解しようとする（滝川・竹内・前掲書 九九頁注）。このような見解に対しても、大塚教授に対すると同じ批判があてはまる。殺意をもっていた点をまったく無視するものである。はたして、強姦の未遂による死亡といえるかどうか。殺意ある殺害によって、強姦が未遂におわつたにすぎない。

本件事実についても、やはり強姦未遂罪と殺人罪の観念的競合として考えるべきである。判決は殺人罪と強姦罪の観念的競合とした。これは殺意ある強姦殺人のばあいの殺意の面に関する正しい理解をそのまま本件事実に適用したものである。強姦罪をめぐつての殺意あるばあいについて、これまでの判例のいき方に反し、殺意の点を考慮したことについては、正当なものとして評価しなければならぬ。しかし、強姦罪の成立をみるとめたことについては疑問とすべきである。

（昭和四八年七月七日稿）